CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 2 mei 1996 *

1. In de onderhavige zaken, die door prejudiciële verwijzingen van het Finanzgericht Köln bij het Hof aanhangig zijn gemaakt, wordt het Hof voor de eerste keer verzocht, richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten [1] (hierna: de „richtlijn") uit te leggen. Krachtens de richtlijn mogen de Lid-Staten onder meer geen bronbelasting inhouden op de winst die door op hun grondgebied gevestigde dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen uit andere Lid-Staten wordt uitgekeerd. Het staat de Lid-Staten evenwel vrij, de richtlijn niet toe te passen op winst die wordt uitgekeerd door op hun grondgebied gevestigde dochterondernemingen waarin de moedermaatschappijen niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een deelneming behouden welke recht geeft op de hoedanigheid van moedermaatschappij.

2. In de onderhavige zaken gaat het vooral om de vraag, of de richtlijn een Lid-Staat toestaat een bepaling toe te passen krachtens welke een dochteronderneming een bronbelasting moet aftrekken van de winstuitkeringen aan haar moedermaatschappij in het eerste jaar nadat zij door deze is overgenomen, zodat de moedermaatschappij de vrijstelling van bronbelasting voor het eerste jaar wordt ontzegd, ook al behoudt zij uiteindelijk haar deelneming na deze periode. Zo neen, vraagt de nationale rechter of de moedermaatschappij zich voor de rechterlijke instanties van de staat van de dochteronderneming op de richtlijn kan beroepen.

3. In een van de zaken wordt voorts gevraagd, of in het geval dat de betrokken nationale bepaling in strijd is met de richtlijn, een moedermaatschappij die wegens deze bepaling een winstuitkering tot na het verstrijken van de minimumperiode van deelneming heeft uitgesteld, overeenkomstig de in het arrest Francovich e. a. [2] gestelde beginselen voor de gederfde rente schadevergoeding kan vorderen van de staat van de dochteronderneming.

De toepasselijke gemeenschapsregels

4. De richtlijn is een van de drie op 23 juli 1990 vastgestelde instrumenten om bepaalde fiscale belemmeringen voor grensoverschrijdende hergroeperingen van in de Gemeenschap gevestigde vennootschappen op te heffen. De andere instrumenten zijn

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — PB 1990, L 225, blz. 6.

2 — Arrest van 19 november 1991 (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Jurispr. 1991, blz. I-5357).

richtlijn 90/434/EEG van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten [3] (hierna: de „fusierichtlijn") en het verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen. [4]

5. Volgens de considerans van de richtlijn heeft zij tot doel concurrentie-neutrale belastingvoorschriften tot stand te doen komen „om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun produktiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken". [5] Met name strekt de richtlijn tot opheffing van de fiscale nadelen die vennootschappen uit verschillende Lid-Staten vergeleken bij vennootschappen van eenzelfde Lid-Staat ondervinden wanneer zij zich hergroeperen om groepen van vennootschappen te vormen. [6]

6. De richtlijn is noodzakelijk wegens de dubbele belasting waaraan groepen vennootschappen die in meer dan een land zijn gevestigd, kunnen worden onderworpen. Onverminderd door de staten eenzijdig of krachtens bilaterale verdragen verleende bijzondere vrijstellingen, kan de winst van een dochteronderneming in de staat van de dochteronderneming als bedrijfsresultaat van de dochteronderneming en bij winstuitkering aan de moedermaatschappij als dividend van de moedermaatschappij in haar staat van vestiging worden belast; op de inkomsten kan op vennootschapsniveau een extra belasting worden geheven, wanneer de moedermaatschappij een holding is die enkel als tussenpersoon optreedt en in handen is van een vennootschap uit een andere staat.

7. Bovendien belasten de staten in de regel de door vennootschappen uitgekeerde winst, dat wil zeggen de aan aandeelhouders uitgekeerde dividenden. Gewoonlijk gaat het om een bronbelasting, dat wil zeggen een belasting die namens de fiscus aan de bron wordt ingehouden door de vennootschap die de winst uitkeert. In het nationale kader worden bronbelastingen dikwijls gebruikt om betaling te verzekeren en de inning te vereenvoudigen; de ingehouden belasting komt gewoonlijk overeen met of wordt gerelateerd aan de schuld van dividendontvangers die ingezeten belastingplichtigen zijn. De inhoudingen op grensoverschrijdende dividenden betekenen dat door de belastende staat van niet-ingezetenen een extra belasting wordt geïnd, waarvoor hun in hun woonstaat eventueel geen vrijstelling wordt verleend.

8. Om de fiscale belemmeringen voor hergroeperingen van in de Gemeenschap gevestigde vennootschappen op te heffen schaft de richtlijn, een aantal uitzonderingen daargelaten, de bronbelastingen op de winstuitkeringen tussen dochterondernemingen en moedermaatschappijen uit verschillende Lid-Staten van de Gemeenschap af en bepaalt zij dat de Lid-Staten de moedermaatschappijen die winsten van hun dochterondernemingen uit andere Lid-Staten ontvangen, van dubbele belasting moeten vrijstellen.

3 — PB 1990, L 225, blz. 1.
4 — PB 1990, L 225, blz. 10.
5 — Eerste overweging van de considerans.
6 — Tweede en derde overweging van de considerans.

9. Artikel 1 van de richtlijn bepaalt:

„1. Elke Lid-Staat past deze richtlijn toe:

— op uitkeringen van winst die door vennootschappen van deze Staat zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere Lid-Staten;

— op winst die door vennootschappen van deze Staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere Lid-Staten, waarvan zij dochteronderneming zijn.

2. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken."

10. Artikel 2 bepaalt wat onder de term „vennootschap van een Lid-Staat" moet worden verstaan. Vaststaat dat de bij de onderhavige zaken betrokken Nederlandse en Duitse vennootschappen onder de bij artikel 2 gegeven definitie vallen.

11. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

„1. Voor de toepassing van deze richtlijn:

a) wordt de hoedanigheid van moedermaatschappij ten minste toegekend aan iedere vennootschap van een Lid-Staat die voldoet aan de voorwaarden van artikel 2 en die een deelneming van ten minste 25 % bezit in het kapitaal van een vennootschap van een andere Lid-Staat die aan dezelfde voorwaarden voldoet;

b) wordt verstaan onder dochteronderneming, de vennootschap in het kapitaal waarvan de onder a) bedoelde deelneming wordt gehouden."

12. Artikel 3, lid 2, tweede streepje, van de richtlijn — de bepaling waarop de betrokken nationale bepaling is gebaseerd — bepaalt dat in afwijking van artikel 1 het de Lid-Staten vrij staat om

„deze richtlijn niet toe te passen op de vennootschappen van deze Lid-Staat die niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een deelneming behouden welke recht geeft op de hoedanigheid

van moedermaatschappij of op de maatschappijen waarin een vennootschap van een andere Lid-Staat niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een dergelijke deelneming behoudt".

13. Krachtens artikel 4 stelt de staat van de moedermaatschappij de door moedermaatschappijen van dochterondernemingen uit andere Lid-Staten ontvangen winstuitkeringen vrij van belasting.

14. Artikel 5 — dat hier ook van rechtstreeks belang is — bepaalt:

„1. De door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst wordt, althans wanneer laatstgenoemde een minimumdeelneming van 25 % bezit in het kapitaal van de dochteronderneming, van bronbelasting vrijgesteld.

(...)

3. In afwijking van lid 1 mag de Bondsrepubliek Duitsland, zolang zij uitgekeerde winst onderwerpt aan een vennootschapsbelasting waarvan het tarief minstens 11 punten lager is dan het tarief op niet-uitgekeerde winst, uiterlijk tot medio 1996 bij wijze van compenserende belasting een bronbelasting van 5 % heffen op de winst die door haar dochterondernemingen wordt uitgekeerd.

(...)"

15. De artikelen 6 en 7 zijn in casu irrelevant. Krachtens artikel 8 moest de richtlijn uiterlijk op 1 januari 1992 zijn omgezet.

De toepasselijke nationale bepalingen

16. § 43, lid 1, van het Einkommensteuergesetz (Duitse wet inkomstenbelasting, hierna: „EStG") voorziet in de heffing van een inkomstenbelasting bij wijze van een bronbelasting op kapitaalopbrengsten (Kapitalertragsteuer). Volgens § 20, lid 1, nr. 1, EStG vallen ook dividenden onder de inkomsten uit kapitaal. Ingevolge § 43a, lid 1, nr. 1, bedraagt de Kapitalertragsteuer 25 % van de kapitaalopbrengst.

17. Volgens § 50d, lid 3, EStG worden voor opbrengsten uit kapitaal lagere belastingtarieven toegepast krachtens verdragen tot

voorkoming van dubbele belasting tussen Duitsland en andere landen. Voor de in de hoofdgedingen betrokken winstuitkeringen geldt volgens het Nederlands-Duitse verdrag tot voorkoming van dubbele belasting een tarief van 15 % voor de bronbelasting.

18. Volgens § 44d, lid 1, EStG waarbij de krachtens artikel 5, leden 1 en 3, van de richtlijn op Duitsland rustende verplichting de bronbelasting te verminderen, in Duits recht is omgezet, wordt een tarief van 5 % toegepast op de kapitaalopbrengsten die door een in Duitsland volledig belastingplichtige vennootschap (dat wil zeggen een aldaar gevestigde dochteronderneming) aan een moedermaatschappij worden betaald, die niet in Duitsland is gevestigd of aldaar haar hoofdkantoor heeft.

19. § 44d, lid 2, EStG, de bepaling waarover het in het hoofdgeding gaat, bepaalt evenwel:

„Moedermaatschappij in de zin van lid 1 is iedere vennootschap die (...) op het tijdstip waarop de belasting op kapitaalopbrengsten verschuldigd wordt, (...) kan bewijzen dat zij sinds ten minste twaalf maanden ononderbroken een directe deelneming bezit gelijk aan ten minste een kwart van het nominale kapitaal van de [dochter]onderneming."

20. Uit de Duitse regeling volgt dus, dat de bronbelasting gedurende de eerste twaalf maanden na verwerving van een Duitse dochteronderneming tegen het normale tarief of tegen het bij verdrag bepaalde tarief verschuldigd is en niet behoeft te worden terugbetaald, ook al behoudt de moedermaatschappij haar deelneming in de dochteronderneming na deze periode. In casu wordt betoogd, dat Duitsland krachtens de richtlijn een belastingtarief van 5 % onmiddellijk na verwerving moet toepassen.

De feiten en de vragen van de nationale rechter

21. Verzoeksters in de hoofdgedingen, Denkavit Internationaal BV (zaak C-283/94), VITIC Amsterdam BV (zaak C-291/94) en Voormeer BV (zaak C-292/94), zijn alle drie vennootschappen naar Nederlands recht, die deelnemingen in het kapitaal van Duitse vennootschappen bezitten. De drie zaken zijn aanhangig bij het Finanzgericht Köln.

22. In zaak C-291/94 vergrootte VITIC haar deelneming in de Duitse vennootschap

Wesumat GmbH per 2 januari 1992 van 19 % tot 95 %. Op 15 oktober 1991 werd besloten een op 15 januari 1992 betaalbaar gesteld dividend uit te keren uit de winst van Wesumat op de balansdatum van 31 december 1990. VITIC had recht op 95 % van het uitgekeerde bedrag. Op de winstuitkering werd de Kapitalertragsteuer ingehouden tegen het normale tarief van 25 %, alsook de solidariteitsbijdrage (dat wil zeggen de als bijdrage voor de economische wederopbouw van de nieuwe Länder geïnde aanvullende belasting). Vervolgens verzocht VITIC de belastingdienst om terugbetaling van de solidariteitsbijdrage en van de Kapitalertragsteuer, voor zover deze hoger was dan het krachtens artikel 5, lid 3, van de richtlijn voor de Bondsrepubliek Duitsland toegestane tarief van 5 %. Bij beschikking van 16 oktober 1992 betaalde de belastingadministratie de solidariteitsbijdrage volledig terug, doch de Kapitalertragsteuer slechts voor zover hij 15 % van het dividend overschreed, dat wil zeggen tegen het bij het Nederland-Duits verdrag tot voorkoming van dubbele belasting voorziene tarief. Zij weigerde het bij § 44d, lid 1, EStG voorziene tarief van 5 % toe te passen, op grond dat de bij § 44d, lid 2, EStG voorziene periode van deelneming van twaalf maanden niet in acht was genomen. In haar beroep bij het Finanzgericht komt VITIC op tegen die beschikking en vordert zij een nadere terugbetaling van 190 000 DM.

23. Soortgelijke feiten liggen ten grondslag aan de verwijzing naar het Hof in zaak C-292/94. Voormeer verzoekt ook om terugbetaling van de door haar dochteronderneming Framode GmbH ingehouden Kapitalertragsteuer voor zover deze het tarief van 5 % overschrijdt, aangezien de belastingadministratie alleen de solidariteitsbijdrage en de Kapitalertragsteuer boven 15 % van het dividend heeft terugbetaald. Voormeer stelt, recht te hebben op een nadere terugbetaling van 240 333,30 DM.

24. De feiten in zaak C-283/94 liggen enigszins anders. Denkavit bracht haar deelneming in de Duitse vennootschap Denkavit Futtermittel GmbH met ingang van 14 juli 1992 van 20 % op 99,4 %. Op 6 oktober 1992 verzocht zij om een verklaring dat het bronbelastingtarief van 5 % van toepassing was op de overeenkomstig § 50d, juncto § 44d, EStG door haar dochteronderneming uitgekeerde dividenden. Tegelijk garandeerde zij de belastingadministratie, dat haar deelneming in de dochteronderneming sinds 14 juli 1992 groter was dan 25 % en gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaar ongewijzigd zou blijven. De belastingadministratie verwierp evenwel het verzoek van Denkavit op grond dat de bij § 44d, lid 2, EStG bepaalde periode van deelneming van twaalf maanden niet in acht was genomen en zij stemde slechts in met het krachtens het Nederlands-Duits belastingverdrag toepasselijke bronbelastingstarief van 15 % voor de periode van 1 oktober 1992 tot en met 30 september 1995. Nadat Denkavit vergeefs bezwaar had ingediend en beroep had ingesteld, wijzigde de belastingadministratie haar beschikking en stond zij een aftrek van de bronbelasting tegen het tarief van 5 % toe met ingang van 15 juli 1993 (dat wil zeggen een jaar na de verwerving van de deelneming die op dat tarief recht geeft), op voorwaarde dat Denkavit tot na 30 september 1995 een toereikende deelneming behield. Denkavit beperkte haar beroep vervolgens tot de periode vóór 15 juli 1993 en verzocht, onder wijziging van de aard van haar vordering, om

een verklaring dat de beschikking onwettig was. Zij stelt belang te hebben bij het verkrijgen van een dergelijke verklaring om haar schadeactie in afzonderlijke procedures voor andere Duitse rechters te kunnen voortzetten. Naar aanleiding van de afwijzing door de belastingadministratie van haar verzoek heeft Denkavit haar oorspronkelijk voor 16 oktober 1992 voorziene winstuitkering uitgesteld, waardoor aanzienlijke rente is gederfd.

25. In het geding voor het Finanzgericht Köln betoogden de vennootschappen dat § 44d, lid 2, EStG in strijd is met artikel 3, lid 2, van de richtlijn. Bijgevolg besloot het Finanzgericht het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

In de zaken C-291/94 en C-292/94 (VITIC en Voormeer):

„1) Moet richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten (PB 1990, L 225, blz. 6), inzonderheid artikel 3, lid 2, van de richtlijn, aldus worden uitgelegd, dat de Lid-Staten een in een andere Lid-Staat gevestigde moedermaatschappij van de in artikel 5 voorziene fiscale voordelen mogen uitsluiten, wanneer de moedermaatschappij op het tijdstip van de uitkering van de betrokken winst weliswaar nog niet sinds een ononderbroken periode van ten minste twee jaar rechtstreeks ten minste een kwart van het nominale kapitaal van de binnenlandse dochteronderneming bezit, doch deze minimumperiode van behoud van de deelneming nadien in acht wordt genomen?

2) Zo neen, moet richtlijn 90/435/EEG aldus worden uitgelegd, dat een moedermaatschappij die voldoet aan de voorwaarden van de artikelen 2 en 3 van de richtlijn, zich tegenover de Lid-Staat van vestiging van de dochteronderneming rechtstreeks op artikel 5 van de richtlijn kan beroepen tot staving van haar recht op vrijstelling of vermindering van de bronbelasting, waarin dat artikel voorziet, en is het, zo dit het geval is, de nationale rechter van de Lid-Staat van vestiging van de dochteronderneming die dit recht moet beschermen?"

In zaak C-283/94 (Denkavit):

„1) Moet richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten (PB 1990, L 225, blz. 6), inzonderheid artikel 3, lid 2, van deze richtlijn, aldus worden uitgelegd, dat de Lid-Staten een in een andere Lid-Staat gevestigde moedermaatschappij van de in artikel 5 voorziene belastingvoordelen mogen uitsluiten, wanneer de moedermaatschappij op het tijdstip van de uitkering van de betrokken winst weliswaar nog niet sinds een ononderbroken periode

van ten minste twaalf maanden rechtstreeks ten minste een kwart van het nominale kapitaal van de binnenlandse dochteronderneming bezit, doch zich jegens de fiscus van de Lid-Staat van vestiging van de dochteronderneming verbonden heeft, haar deelneming in de dochteronderneming gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaar na de verwerving ervan te behouden?

2) Zo neen, moet richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten (PB 1990, L 225, blz. 6), aldus worden uitgelegd, dat een moedermaatschappij die voldoet aan de voorwaarden van de artikelen 2 en 3 van de richtlijn, zich tegenover de Lid-Staat van vestiging van de dochteronderneming rechtstreeks op artikel 5 van de richtlijn kan beroepen tot staving van haar recht op vrijstelling of vermindering van de bronbelasting, waarin dat artikel voorziet, en is het, zo dit het geval is, de nationale rechter van de Lid-Staat van vestiging van de dochteronderneming, die dit recht moet beschermen?

3) Indien vraag 1 ontkennend wordt beantwoord: wanneer de Lid-Staat van vestiging van de dochteronderneming artikel 3, lid 2, van de richtlijn onjuist in nationaal recht heeft omgezet, voor zover de in de richtlijn gestelde minimumtermijn van deelneming naar nationaal recht reeds moet zijn verstreken voor de winstuitkering waarvoor ingevolge artikel 5 van de richtlijn het belastingvoordeel geldt, heeft de in de vragen 1 en 2 bedoelde moedermaatschappij dan volgens de criteria van het arrest van het Hof van 19 november 1991 (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich e. a. , Jurispr. 1991, blz. I-5357) tegenover die Lid-Staat een op het gemeenschapsrecht gebaseerd of uit het gemeenschapsrecht voortvloeiend recht op schadevergoeding voor de gederfde rente als gevolg van het uitstel van de daadwerkelijke winstuitkering van de dochteronderneming waartoe gedurende de genoemde nationale termijn is besloten, tot na afloop van die termijn?"

De eerste vraag

26. Met de eerste vraag in alle drie de zaken wenst de nationale rechter te vernemen, of artikel 3, lid 2, van de richtlijn een Lid-Staat toestaat een bepaling toe te passen waarbij een in een andere Lid-Staat gevestigde moedermaatschappij de bij artikel 5 van de richtlijn bedoelde vrijstelling van bronbelasting wordt geweigerd, tenzij de moedermaatschappij gedurende een minimumperiode een deelneming van 25 % in de betrokken dochteronderneming heeft bezeten. In zaak C-283/94 wenst de nationale rechter ook nog te vernemen, of het enig verschil maakt of de moedermaatschappij zich ertoe verbond haar deelneming gedurende de vereiste periode te behouden.

27. Over deze vraag zijn schriftelijke opmerkingen ingediend (in zaak C-283/94) door

Denkavit en (in alle drie de zaken) door het Bundesamt für Finanzen, de Belgische, de Duitse, de Griekse, de Italiaanse en de Nederlandse regering en de Commissie. Ter terechtzitting hebben Denkavit, de Duitse, de Franse, de Griekse en de Nederlandse regering, alsook de Commissie gepleit.

28. Volgens Denkavit vindt haar zienswijze, dat de Duitse regeling in strijd is met artikel 3, lid 2, van de richtlijn, steun in de tekst van deze bepaling, die geen uitlegging toestaat waarbij een Lid-Staat de vrijstelling van bronbelasting kan weigeren zolang de minimumperiode van deelneming niet voorbij is. Die zienswijze strookt volgens haar met het doel van de richtlijn, de grensoverschrijdende samenwerking te vergemakkelijken, die zou worden belemmerd indien de vrijstelling gedurende een periode tot twee jaar kon worden geweigerd. Tevens vindt zij steun in de toelichting bij het voorstel van richtlijn [7], waaruit blijkt dat artikel 3, lid 2, tot doel had, de Lid-Staten de mogelijkheid te bieden een vennootschap met terugwerkende kracht de hoedanigheid van moedermaatschappij te ontzeggen, wanneer zij niet meer voldoet aan de desbetreffende voorwaarden.

29. De zienswijze van Denkavit wordt ondersteund door de Commissie, die daaraan toevoegt dat artikel 3, lid 2, als een afwijkende bepaling eng moet worden uitgelegd en dat de intrekking met terugwerkende kracht van de vrijstelling wanneer een moedermaatschappij niet meer aan de daarvoor gestelde voorwaarden voldoet, geen ernstige administratieve moeilijkheden meebrengt. Voorts is de Duitse regeling, waarbij tot bewijs van het tegendeel misbruik wordt vermoed, volgens de Commissie in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

30. Volgens de Duitse regering, wier zienswijze wordt gedeeld door het Bundesamt für Finanzen, is de tekst van artikel 3, lid 2, zo ruim gesteld dat hij de Duitse regeling dekt. Derhalve ware de Duitse regeling slechts onverenigbaar met de richtlijn, indien de richtlijn op grond van haar doel enger moet worden uitgelegd, wat niet het geval is. De krachtens artikel 4 van de richtlijn door de staat van de moedermaatschappij verleende belastingvrijstelling moet worden onderscheiden van de krachtens artikel 5 door de staat van de dochteronderneming verleende vrijstelling van bronbelasting. In dit laatste geval ziet de staat van de dochteronderneming van meet af aan af van bronbelasting; derhalve moet op dat tijdstip duidelijk vaststaan, dat is voldaan aan de voorwaarden voor vrijstelling van bronbelasting. De bronbelasting is een middel om belastingen te heffen, waarvan de inning anders aanzienlijke kosten zou meebrengen. Ofschoon het nationale recht in een latere heffing van belasting van de dochteronderneming of de moedermaatschappij kan voorzien, moet zulks de uitzondering zijn en niet de regel.

31. De door de neutrale formulering van artikel 3 aan de Lid-Staten gegeven beoordelingsmarge vindt volgens de Duitse regering wellicht zijn verklaring in de moeilijkheden voor de staat van de dochteronderneming om na te gaan of de moedermaatschappij de minimumperiode van deelneming in acht heeft genomen. De

7 — COM(69) 6 def.

Duitse regering erkent, dat andere technieken kunnen worden gebruikt, zoals het schorsen van de terugbetaling van de belasting zolang de minimumperiode van deelneming niet is verstreken, of het verlenen van voorlopige vrijstelling van bronbelasting mits zekerheid wordt gesteld. Deze oplossingen zijn volgens de Duitse regering evenwel onverenigbaar met de aard van de vrijstelling van bronbelasting en zijn in geen geval vereist door de richtlijn.

32. De Duitse regering wordt in deze procedure ondersteund door de Belgische, de Franse, de Griekse, de Italiaanse en de Nederlandse regering. Volgens de Griekse regering wordt met de uitlegging van Denkavit niet voldaan aan de behoefte aan praktische en rationele regels op fiscaal gebied. Evenmin wordt voldaan aan de behoefte aan rechtszekerheid. De afwijking is ingevoerd om de voordelen van de richtlijn te ontzeggen aan tijdelijke hergroeperingen, door deze voordelen voor te behouden aan langetermijn hergroeperingen met een strategisch karakter. Dit impliceert dat criteria worden vastgesteld die een bepaalde mate van zekerheid en duurzaamheid waarborgen. Gaat men uit van de zienswijze van Denkavit, dan moeten bijzondere administratieve procedures worden ingevoerd, waardoor de eenvoud van de regels wordt ondermijnd en onevenredige kosten worden veroorzaakt. Ook de voorwaardelijke of voorlopige vrijstelling is zowel voor de particulieren als voor de fiscus een element van onzekerheid en heeft ongunstige financiële gevolgen voor de Lid-Staten. Bovendien kan volgens de Griekse regering aan de argumenten betreffende de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn, ontleend aan de motivering door de Commissie van haar voorstel van richtlijn, slechts een beperkte waarde worden gehecht, omdat over de richtlijn lang — meer dan 25 jaar — is onderhandeld.

33. De Nederlandse regering merkt op, dat ofschoon de Nederlandse regeling het mogelijk maakt om in bepaalde omstandigheden onmiddellijk vrijstelling van bronbelasting te verlenen, mits de dochteronderneming toereikende zekerheid stelt, de richtlijn de vaststelling van een meer restrictieve regeling toestaat. De minder restrictieve Nederlandse regeling is ingegeven door de wens, in Nederland een gunstig fiscaal klimaat te scheppen.

34. Alvorens deze argumenten te onderzoeken kan het dienstig zijn, de wijze waarop de Lid-Staten gebruik hebben gemaakt van de bij artikel 3, lid 2, tweede streepje, tweede variant, van de richtlijn, geboden keuzemogelijkheid, in het kort weer te geven. Behalve Portugal (waarvan de wetgeving dit punt niet uitdrukkelijk regelt) verlangen de tien Lid-Staten die gebruik hebben gemaakt van deze keuzemogelijkheid (België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Portugal en Spanje) uitdrukkelijk, dat de minimumperiode van deelneming — die in enkele gevallen van twee jaar tot een jaar is teruggebracht — in beginsel vóór de winstuitkering in acht is genomen. [8] Naar Oostenrijks recht kan de dochteronderneming of de niet in het land gevestigde moedermaatschappij, nadat de periode van deelneming is verstreken, evenwel verzoeken om terugbetaling van de ingehouden belasting. [9] Bovendien kan de

8 — Artikel 106, lid 5, van het Belgische koninklijk besluit van 27 augustus 1993; artikel 2, lid 5, van de Deense wet van 2 augustus 1994 betreffende vennootschapsbelasting; § 44d, lid 2, van voormelde Duitse wet inkomstenbelasting; artikel 119b, lid 2, sub c, van de Franse code général des impôts; artikel 2, lid 1, van Italiaans decreet nr. 136/93; artikel 147, lid 1, van de Luxemburgse wet betreffende de inkomstenbelasting; artikel 4 van de Nederlandse wet op de dividendbelasting 1965; artikel 94a van de Oostenrijkse wet inkomstenbelasting; artikel 17, lid 2, van de Spaanse wet nr. 29 van 16 december 1991 en artikel 46 van wet nr. 43 van 27 december 1995, waarbij de periode van deelneming van twee tot een jaar wordt teruggebracht.

9 — Artikel 94a, lid 2, sub 2, van de Oostenrijkse wet inkomstenbelasting.

vrijstelling van bronbelasting naar Nederlands recht onmiddellijk worden verleend, mits de dochteronderneming een zekerheid stelt, gelijk aan het bedrag van de betrokken belasting. [10]

35. Ofschoon de Nederlandse regering in dit geding het standpunt van de Duitse regering ondersteunt, is er mijns inziens toch een fundamenteel verschil tussen de Nederlandse en de Oostenrijkse wetgeving enerzijds en de Duitse regeling anderzijds. Terwijl de Duitse regeling tot gevolg heeft, dat iedere winstuitkering door een Duitse dochteronderneming binnen het eerste jaar dat zij door een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij is overgenomen, definitief wordt belast, voorzien de Oostenrijkse en de Nederlandse regeling tijdens de minimumperiode van deelneming weliswaar in een voorlopige belastingheffing of in een zekerheidstelling, gelijk aan het bedrag van de belasting, doch uiteindelijk verlenen zij vrijstelling voor deze periode, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Zoals de Commissie ter terechtzitting stelde, behandelen zij hergroeperingen van vennootschappen niet op dezelfde wijze, ongeacht of de periode van deelneming in acht is genomen.

36. Wat dan nu de uitlegging van artikel 3, lid 2 betreft, om te beginnen pleit de tekst van deze bepaling mijns inziens eerder voor de zienswijze van Denkavit en de Commissie, dan voor die van de regeringen die opmerkingen hebben ingediend. Krachtens artikel 3, lid 2, staat het de Lid-Staten vrij om „deze richtlijn niet toe te passen (...) op de maatschappijen waarin een vennootschap van een andere Lid-Staat niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een dergelijke deelneming behoudt". Deze formulering, inzonderheid het gebruik van de tegenwoordige tijd [niet (...) behoudt] [11], betekent, dat de Lid-Staten artikel 5 van de richtlijn niet hoeven toe te passen, wanneer de moedermaatschappij haar deelneming niet gedurende twee jaar behoudt. Zij biedt een Lid-Staat evenwel niet de mogelijkheid om de vrijstelling voor de beginperiode ook geheel te weigeren, wanneer de moedermaatschappij gedurende die periode haar deelneming in de dochteronderneming behoudt.

37. Toch is artikel 3, lid 2, in zoverre vaag, dat niet duidelijk blijkt wanneer een Lid-Staat moet bepalen of is voldaan aan de voorwaarde van deelneming. Met andere woorden, het is onduidelijk, of een Lid-Staat — zoals Denkavit en de Commissie suggereren — de richtlijn voorlopig moet toepassen en indien achteraf blijkt dat niet aan de voorwaarde is voldaan, de belasting met terugwerkende kracht moet heffen, dan wel of hij — zoals Oostenrijk — de bronbelasting voorlopig kan heffen (of, zoals Nederland, een zekerheidstelling, gelijk aan het belastingbedrag, kan verlangen), totdat is aangetoond dat is voldaan aan de voorwaarde van deelneming. Zoals ik hierna zal

10 — Artikel 4b, lid 1, van de wet op de dividendbelasting 1965.

11 — Zie bij voorbeeld de Franse versie („ne conserve pas"), de Duitse („nicht hält"), de Italiaanse („non conservi"), de Portugese („não conserve") en de Spaanse („no conserve"). De Deense versie die de voltooid tegenwoordige tijd gebruikt („har besiddet"), lijkt af te wijken van de andere taalversies.

uiteenzetten, moeten de Lid-Staten mijns inziens vrij kunnen kiezen tussen deze twee mogelijkheden.

38. Het strookt evenwel niet met het doel van de richtlijn om verder te gaan en artikel 3, lid 2, in strijd met de letter ervan, aldus uit te leggen dat het de Lid-Staten toestaat in ieder geval voor een periode tot twee jaar een definitieve bronbelasting tegen het normale tarief te heffen. Anders dan de regeringen stellen, kan een dergelijke uitlegging grensoverschrijdende samenwerkingen belemmeren, aangezien de onmogelijkheid voor een moedermaatschappij om gedurende een periode tot twee jaar een dividend van een recent overgenomen dochteronderneming te ontvangen zonder bronbelasting te moeten betalen, een nadeel is waarmee in de context van een voorgenomen herstructurering of hergroepering rekening moet worden gehouden. Zoals in het geval van Denkavit blijkt, is het verschuldigd zijn van bronbelasting een reden om de uitbetaling van dividend uit te stellen tot het eind van de periode die recht geeft op de vrijstelling. Toch kan de moedermaatschappij een onmiddellijke uitkering van de dochteronderneming nodig hebben om een lening te financieren of om een adequaat rendement te behalen op het in de verwerving van de dochteronderneming gestoken kapitaal. De voorlopige inhouding aan de bron of de verplichting een zekerheid te stellen zijn minder ernstige belemmeringen, aangezien de winst nog steeds kan worden uitgekeerd met de wetenschap dat de vrijstelling van de inhouding aan de bron uiteindelijk zal worden verleend, mits is voldaan aan de voorwaarde inzake de deelneming.

39. De uitlegging, voorgesteld door de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, staat bovendien in geen verhouding tot het doel van artikel 3, lid 2: te voorkomen dat op de voordelen van de richtlijn aanspraak wordt gemaakt voor verwervingen op korte termijn die niet beantwoorden aan de doelstellingen van de richtlijn. Zoals de Oostenrijkse en de Nederlandse regelingen aantonen, kan dat doel door minder dwingende maatregelen worden bereikt, zoals een verplichting voor de dochteronderneming tot voorlopige inhouding aan de bron gedurende de vereiste minimumtermijn van deelneming of het stellen van een zekerheid, gelijk aan het bedrag van de belasting.

40. Het door de regeringen voorgedragen argument, ontleend aan de aard van de bronbelasting of aan de administratieve moeilijkheid om een minder restrictieve regeling toe te passen, overtuigt mij niet. Ik ben het eens met de Duitse regering, dat een van de wezenlijke kenmerken van de bronbelasting is gelegen in een vereenvoudigde administratie en belastinginning, inzonderheid bij grensoverschrijdende betalingen. Dat kan weliswaar een voorlopige inning van de belasting rechtvaardigen, totdat de moedermaatschappij bewijst dat zij de gestelde periode van deelneming in acht heeft genomen, doch mijns inziens is het niet inherent aan de aard van de bronbelasting, dat de belasting nooit kan worden terugbetaald wanneer de inhouding aan de bron groter is dan de schuld van de ontvanger. Terugbetalingen van inhoudingen op diverse soorten inkomsten zijn zowel in het nationale als in het grensoverschrijdende kader geen zeldzaamheid.

41. Wellicht zullen de twee functies van een bronbelasting bij grensoverschrijdende dividenduitkeringen normaal samenvallen: de bronbelasting komt overeen met de belastingschuld van de niet-ingezeten ontvanger van het dividend in de staat van de uitkerende vennootschap, en is tevens het instrument waarmee de belasting wordt geïnd. Bijgevolg is het geïnde bedrag normaal het uiteindelijk verschuldigde bedrag, zodat de kwestie van de terugbetaling niet aan de orde komt. Het punt is evenwel, dat een vennootschap die voldoet aan de bij artikel 3, lid 2, van de richtlijn gestelde voorwaarde van deelneming, geen belasting verschuldigd is. Onder deze omstandigheden kan de bronbelasting slechts als een middel van voorlopige inning dienen. De definitieve heffing van een bronbelasting is alleen gerechtvaardigd in het geval van vennootschappen die deze belasting moeten betalen, omdat zij niet voldoen aan de voorwaarde van deelneming.

42. De belastingadministraties wordt mijns inziens geen ondraaglijke last opgelegd, indien zij het te veel geïnde moeten terugbetalen aan de moedermaatschappijen die bewijzen dat zij hebben voldaan aan de voorwaarde van deelneming. Fiscale controles en wijzigingen van de aanslag behoren tot het dagelijkse werk van de belastingdiensten en het lijkt onwaarschijnlijk dat deze verplichting hun werklast aanzienlijk zou verzwaren. Desgevraagd konden de regeringen ter terechtzitting geen significante moeilijkheden noemen en de Duitse regering erkende zelfs dat de terugbetaling van de belasting technisch mogelijk is. Steun voor dit standpunt is andermaal te vinden in de Oostenrijkse regeling, volgens welke de belasting kan worden terugbetaald op een naar behoren ingediend verzoek. Voorts zijn er andere oplossingen mogelijk, waarbij in feite geen belasting wordt terugbetaald, zoals het stellen van een bankgarantie.

43. Ik ben het niet eens met de Griekse regering, dat de weigering om de binnen de eerste twee jaar na verwerving betaalde bronbelasting terug te betalen wordt gerechtvaardigd door de behoefte aan rechtszekerheid van de belastingdiensten en de belastingplichtigen. Zoals de Commissie oppert, moet ervan worden uitgegaan, dat een uitkering van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij onder de richtlijn valt en belastingvrij is. De Lid-Staten moeten, zo nodig, hun begroting op die basis opstellen. Wat de belastingplichtige betreft, kan mijns inziens niet in ernst staande worden gehouden, dat de terugbetaling van de belasting na afloop van de periode van deelneming zijn belang bij de rechtszekerheid zou schaden.

44. Het kan zelfs worden betwijfeld, of de Lid-Staten de voorlopige belasting of het verlangen van een zekerheidstelling, gelijk aan het bedrag van de belasting, kunnen rechtvaardigen. De voorlopige vrijstelling kan de juiste wijze van toepassing zijn. Het argument dat geen voorlopige vrijstelling kan worden verleend, omdat de Lid-Staten bij de invordering van de belasting bij de op hun grondgebied gevestigde dochterondernemingen moeilijkheden zouden kunnen ondervinden, kan mij niet echt overtuigen. De Lid-Staten kunnen bepalen, dat dochterondernemingen de belasting solidair verschuldigd zijn. De invordering van de belasting bij een binnenlandse dochteronderneming kan mijns inziens niet moeilijker zijn dan de

invordering van andere belastingen over inkomsten en winsten van ingezeten belastingplichtigen. Bovendien beschikt de fiscus zelfs bij vereffening in sommige gevallen over bevoorrechte schuldvorderingen.

45. Dat argument is ook moeilijk te verzoenen met de grondgedachte van de fusierichtlijn. [12] Krachtens die richtlijn moeten de Lid-Staten met name bij fusies, splitsingen en inbreng van activa waarbij vennootschappen van twee of meer Lid-Staten zijn betrokken, de belastingheffing over de meerwaarde der ingebrachte goederen uitstellen. De richtlijn is uitdrukkelijk gebaseerd op de veronderstelling dat de financiële belangen van de Lid-Staten kunnen worden beschermd niettegenstaande het uitstel van de belastingheffing, omdat deze transacties normaliter tot resultaat hebben dat de inbrengende vennootschap wordt omgezet in een op het grondgebied van de staat van de inbrengende vennootschap gevestigde vaste inrichting van de ontvangende vennootschap, of omdat de activa gaan behoren tot een vaste inrichting van laatstgenoemde vennootschap. [13] Met andere woorden, de staat van de inbrengende vennootschap kan uitstel van belastingheffing toestaan met de wetenschap dat de activa weliswaar in een in een andere Lid-Staat gevestigde vennootschap worden ingebracht, doch verbonden zullen blijven met een vaste inrichting van die vennootschap op zijn grondgebied, waardoor hij die activa zal kunnen belasten op het tijdstip dat zij uiteindelijk door deze vennootschap worden gecedeerd. Bij de vaststelling van deze richtlijn beschouwden de Lid-Staten het risico dat de uitgestelde belasting niet van de vaste inrichting van een in het buitenland gevestigde ontvangende vennootschap kon worden teruggevorderd dus als aanvaardbaar; het risico op inkomstenverlies door het uitstel van belastingheffing lijkt mij onder die omstandigheden veel groter dan in de onderhavige context.

46. Toch aanvaard ik de algemene stelling van de regeringen, dat de Lid-Staten over een bepaalde vrijheid moeten beschikken om krachtens artikel 3, lid 2, praktische en ook effectieve maatregelen te nemen ter voorkoming van misbruik. Met name kan, zoals de Nederlandse regering ter terechtzitting heeft geopperd, de invordering van een belasting moeilijk blijken bij een transactie die specifiek wordt verricht om een oneigenlijk gebruik van de bij de richtlijn verleende voordelen te maken. Daarom — en gelet op voormelde vaagheid van de tekst van artikel 3, lid 2 — deel ik niet de zienswijze van Denkavit en de Commissie, dat artikel 3, lid 2, aldus moet worden uitgelegd dat een Lid-Staat onmiddellijk vrijstelling moet verlenen, zodat hij gedwongen is de belasting met terugwerkende kracht op te leggen, indien blijkt dat niet is voldaan aan de voorwaarde van deelneming. Zoals reeds verklaard, bemoeilijkt de voorlopige heffing van de bronbelasting weliswaar de grensoverschrijdende hergroeperingen, doch in veel mindere mate dan de onderhavige Duitse regeling. Daarom moet een Lid-Staat, wanneer hij zulks nodig acht, de bronbelasting mijns inziens voorlopig kunnen heffen, totdat hij een redelijke zekerheid heeft, dat is voldaan aan de voorwaarde van deelneming, of moet hij een zekerheidstelling, gelijk aan de belasting, kunnen verlangen, mits de Lid-Staat zijn regeling niet willekeurig toepast. Ingevolge het beginsel van gelijke behandeling van vorderingen uit hoofde van het

12 — Aangehaald in voetnoot 3.

13 — Zie met name de vijfde en de zesde overweging van de considerans.

gemeenschapsrecht moet bij de terugbetaling van iedere inhouding rente worden betaald onder dezelfde voorwaarden als bij de terugbetaling van belastingen krachtens de nationale regels gelden.

47. Mitsdien ben ik van mening, dat op de eerste vraag van de nationale rechter in de drie zaken moet worden geantwoord, dat een Lid-Staat een in een andere Lid-Staat gevestigde moedermaatschappij de bij artikel 5 van de richtlijn voorziene vrijstelling van bronbelasting niet mag onthouden, wanneer de minimumperiode van deelneming op het tijdstip van de winstuitkering nog niet is verstreken. Hij kan evenwel de belasting voorlopig heffen, of een zekerheidstelling, gelijk aan de belasting, verlangen totdat hij het bewijs ontvangt dat de minimumperiode van deelneming is verstreken. Hij is niet verplicht de vrijstelling onmiddellijk te verlenen, wanneer de moedermaatschappij zich verbindt tot inachtneming van de minimumperiode van deelneming.

De tweede vraag

48. Met de tweede vraag, die dezelfde strekking heeft in alle drie de zaken, wenst de nationale rechter te vernemen, of artikel 5 van de richtlijn rechtstreekse werking heeft en of een moedermaatschappij zich voor de rechters van de staat van de dochteronderneming op deze bepaling kan beroepen.

49. Denkavit en de Commissie stellen voor, deze vraag bevestigend te beantwoorden. Denkavit merkt op, dat ondanks artikel 3, lid 2, door de richtlijn verleende minimumrechten kunnen worden vastgesteld. Volgens de Commissie moet het antwoord van het Hof voldoende ruim zijn om rekening te houden met de positie van een dochteronderneming.

50. Het Bundesamt en de regeringen hebben geen opmerkingen betreffende de tweede vraag ingediend.

51. Ik deel de zienswijze van Denkavit, dat de tekst van artikel 5 onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is. Bovendien is het, zoals Denkavit opmerkt, vaste rechtspraak dat het feit dat de Lid-Staten een zekere beoordelingsmarge is gelaten, niet uitsluit dat een bepaling van een richtlijn rechtstreekse werking heeft, indien minimumrechten kunnen worden vastgesteld. [14] De door de artikelen 1, lid 2, 3, lid 2, en 5, leden 2 tot en met 4, van de richtlijn aan de Lid-Staten verleende keuzemogelijkheden staan mijns inziens niet eraan in de weg om de bij artikel 5 verleende minimumrechten vast te stellen. Ongeacht artikel 3, lid 2, tweede streepje, en artikel 5, lid 3, verleent de richtlijn een moedermaatschappij die een dividend van een Duitse dochteronderneming

14 — Arrest van 14 juli 1994 (zaak C-91/92, Faccini Dori, Jurispr. 1994, blz. I-3325, r. o. 17).

ontvangt, het minimumrecht dat zij geen bronbelasting tegen een tarief van meer dan 5 % behoeft te betalen, mits zij gedurende een periode die niet langer dan twee jaar mag zijn, een deelneming in de dochteronderneming behoudt.

52. Bovendien sluit het bepaalde in artikel 1, lid 2, van de richtlijn dat „deze richtlijn (...) geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken", mijns inziens de rechtstreekse werking van artikel 5 niet uit. De rechter kan, lijkt mij, de bij deze bepaling aan de Lid-Staten verleende bevoegdheid bepalen; anders zou de doeltreffendheid van de richtlijn ernstig worden aangetast. In de onderhavige gedingen is hoe dan ook niet een rechtstreeks beroep gedaan op artikel 1, lid 2.

53. De procedures van belastinginvordering op basis van de richtlijn zijn evenwel een zaak van nationaal recht. Onverminderd het voorrang genietende vereiste van een effectieve bescherming van de rechten uit hoofde van het gemeenschapsrecht, moeten de procedures die door de moedermaatschappij bij de uitoefening van haar rechten krachtens de richtlijn moeten worden gevolgd, dus naar nationaal recht worden vastgesteld. In het kader van deze procedures kan een moedermaatschappij zich voor de rechters van de staat van de dochteronderneming op artikel 5 van de richtlijn beroepen.

De derde vraag

54. Met de derde vraag in zaak C-283/94 wenst de nationale rechter te vernemen, of indien de onderhavige nationale regel in strijd is met artikel 3, lid 2, van de richtlijn, een moedermaatschappij die de winstuitkering tot na het verstrijken van de minimumperiode van deelneming heeft uitgesteld, tegenover de staat van de dochteronderneming krachtens de in het arrest Francovich vastgestelde criteria aanspraak heeft op schadevergoeding voor gederfde rente.

55. Denkavit stelt, dat is voldaan aan de door het Hof in het arrest Francovich gestelde voorwaarden: artikel 5, lid 3, van de richtlijn strekt ertoe aan particulieren rechten toe te kennen; de inhoud van deze rechten kan op basis van de bepalingen van de richtlijn worden bepaald, en er is een causaal verband tussen de schending en de gederfde rente.

56. Volgens de Commissie is de door het Hof in het arrest Francovich gestelde verplichting tot schadevergoeding van subidiaire aard ten opzichte van de primaire beroepsmiddelen waarover particulieren beschikken, wanneer een richtlijn onjuist is omgezet. Indien de betrokken bepaling rechtstreekse werking heeft, is de vraag van het herstel bij wege van schadevergoeding niet langer aan de orde.

57. Het Bundesamt betoogt primair, dat het geding voor de nationale rechter geen schadeactie is en dat de vraag van de nationale rechter dus irrelevant is voor het geschil.

58. Voorts merkt het Bundesamt op dat Duitsland, anders dan de situatie in de zaak Francovich, de richtlijn heeft uitgevoerd; bovendien levert de Duitse regeling, indien zij onwettig zou zijn, geen gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht op.

59. De Duitse regering heeft geen opmerkingen gemaakt met betrekking tot de derde vraag. Toch vraagt zij zich af, hoe Denkavit een verlies kan hebben geleden, aangezien haar Duitse dochteronderneming de niet-uitgekeerde gelden kon investeren.

60. Anders dan het Bundesamt acht ik de vraag van de nationale rechter niet irrelevant voor het geding voor het Finanzgericht. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een verzoek van een nationale rechter slechts worden afgewezen, wanneer duidelijk blijkt, dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding. [15] Uit de verwijzingsbeschikking blijkt, dat Denkavit nadat het Bundesamt zijn beschikking in de loop van de procedure had gewijzigd, haar vordering heeft beperkt tot de periode vóór 15 juli 1993 en deze vordering aldus heeft gewijzigd, dat zij thans strekt tot vaststelling door het Finanzgericht van de onwettigheid van de beschikking van het Bundesamt. Naar zij heeft verklaard, beoogt zij op basis van deze verklaring een afzonderlijke schadeactie voor de Duitse rechters in te stellen. Op een vraag van het Hof ter terechtzitting heeft Denkavit geantwoord, dat zij naar Duits procesrecht een dergelijke verklaring van het Finanzgericht alleen kan krijgen indien zij daarbij een rechtsbelang heeft; de derde vraag van het Finanzgericht moet dus in dat licht worden bezien. Ook al verzoekt Denkavit niet om schadevergoeding in het geding voor het Finanzgericht, de vraag van deze rechter kan niet worden geacht geen verband te houden met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding. Overigens staat het niet aan het Hof om na te gaan, of Denkavit op grond van de Duitse regels van procesrecht en voorschriften betreffende de rechterlijke organisatie in de procedure voor het Finanzgericht haar vordering aldus mocht wijzigen, dat zij thans de betrokken verklaring vordert. [16]

61. Daarentegen deel ik de zienswijze van het Bundesamt, dat het gemeenschapsrecht de Bondsrepubliek Duitsland niet verplicht tot vergoeding van ieder verlies of schade die Denkavit door de onjuiste omzetting van de

15 — Zie laatstelijk arrest van 18 januari 1996 (zaak C-446/93, SEIM, Jurispr. 1996, blz. I-73, r. o. 28).

16 — Zie bij voorbeeld arrest van 20 oktober 1993 (zaak C-10/92, Balocchi, Jurispr. 1993, blz. I-5105, r. o. 16 en 17).

richtlijn kan hebben geleden. Zoals het Hof verklaarde in de zaken Francovich [17] en Brasserie du pêcheur en Factortame [18], zijn de voorwaarden waaronder schending van het gemeenschapsrecht door de staat een recht op schadevergoeding doet ontstaan, afhankelijk van de aard van de schending. In het recente arrest in de zaak British Telecommunications [19] stelde het Hof de beginselen vast die de aansprakelijkheid van de staat beheersen voor schade naar aanleiding van de onjuiste omzetting van een richtlijn in nationaal recht. Het Hof verklaarde dat, gelet op de beoordelingsbevoegdheid waarover de Lid-Staten bij de omzetting van een richtlijn beschikken, een Lid-Staat slechts voor schade wegens onjuiste omzetting aansprakelijk is, indien is voldaan aan de in het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame bepaalde restrictieve voorwaarden, in het bijzonder indien de schending voldoende gekwalificeerd is. Een schending is voldoende gekwalificeerd, wanneer een Lid-Staat bij de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid de grenzen waarbinnen de uitoefening van die bevoegdheden dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend.

62. In het arrest British Telecommunications stelde het Hof zich op het standpunt dat het, ofschoon het in beginsel de taak van de nationale rechter is om te toetsen of is voldaan aan de relevante voorwaarden, in staat was zelf de feiten van de zaak te beoordelen. Een van de factoren waarmee rekening moest worden gehouden, was de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel. Het Verenigd Koninkrijk had de betrokken bepaling redelijk, zij het anders dan het Hof, en te goeder trouw uitgelegd. De uitlegging werd gedeeld door andere Lid-Staten en was niet kennelijk in strijd met de tekst of het doel van de richtlijn. Evenmin kon de rechtspraak van het Hof of een standpuntbepaling van de Commissie tot leidraad strekken. Onder deze omstandigheden achtte het Hof, dat niet was voldaan aan de voorwaarden om het Verenigd Koninkrijk aansprakelijk te stellen voor schade.

63. Hier geldt mijns inziens hetzelfde. Het Hof is in staat zelf na te gaan of aan de relevante voorwaarden is voldaan. Ofschoon ik het Hof in overweging heb gegeven, de door Duitsland aan artikel 3, lid 2, van de richtlijn gegeven uitlegging niet te volgen, kan deze uitlegging mijns inziens niet kennelijk in strijd met de tekst en het doel van de richtlijn worden geacht. Een aantal andere Lid-Staten delen Duitslands zienswijze. Bovendien is er nog geen rechtspraak over de richtlijn.

64. Bijgevolg verleent het gemeenschapsrecht Denkavit geen recht op vergoeding voor het verlies, dat zij ten gevolge van het uitstel van de winstuitkering door haar dochteronderneming kan hebben geleden. De zaak zou alleen anders liggen, indien het nationale recht onder vergelijkbare omstandigheden een dergelijk recht verleende.

17 — Reeds aangehaald in voetnoot 2, r. o. 38.

18 — Arrest van 5 maart 1996 (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Jurispr. 1996, blz. I-1029, r. o. 38).

19 — Arrest van 26 maart 1996 (zaak C-392/93, Jurispr. 1996, blz. I-1631).

Conclusie

65. Mitsdien concludeer ik, dat de door het Finanzgericht Köln in de gevoegde zaken C-283/94, C-291/94 en C-292/94 aan het Hof gestelde vragen moeten worden beantwoord als volgt:

„1) Artikel 3, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG van de Raad staat een Lid-Staat niet toe, een moedermaatschappij de bij artikel 5 van de richtlijn voorziene vrijstelling van de bronbelasting op door haar dochteronderneming uitgekeerde winst te onthouden, wanneer de bij artikel 3, lid 2, tweede streepje, bedoelde minimumperiode van behoud van de deelneming op het tijdstip van de winstuitkering nog niet is verstreken. Een Lid-Staat kan de belasting evenwel voorlopig inhouden of een zekerheidstelling, gelijk aan de belasting, verlangen totdat de moedermaatschappij aantoont, dat de minimumperiode van behoud van de deelneming is verstreken. Een Lid-Staat is niet gehouden een moedermaatschappij die zich ertoe verbindt haar aandelen tot het verstrijken van de minimumperiode te behouden, de vrijstelling van bronbelasting onmiddellijk te verlenen.

2) Een moedermaatschappij kan zich voor de rechters van de Lid-Staat van de dochteronderneming overeenkomstig de door die staat vastgestelde procedures tegen de autoriteiten van die staat rechtstreeks beroepen op artikel 5 van de richtlijn.

3) Het gemeenschapsrecht verleent een moedermaatschappij onder omstandigheden als in de onderhavige zaak geen recht op schadevergoeding voor de eventueel ten gevolge van het uitstel van de winstuitkering gederfde rente."